

EDICTO

EL SUSCRITO SECRETARIO DE LA SALA CIVIL FAMILIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA – HUILA

HACE SABER:

Que con fecha quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), se profirió sentencia en el proceso que a continuación se describe:

Naturaleza: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MIGUEL ÁNGEL POLO CASTILLO
Demandados: COLPENSIONES Y OTRO
Radicación: 41001-31-05-003-2018-00478-01
Resultado: PRIMERO. – ADICIONAR al numeral tercero, de la sentencia proferida el 25-jul-2019 por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Neiva, en cuanto a que PORVENIR S.A. deberá trasladar a COLPENSIONES, además de las cotizaciones, sumas adicionales, bonos pensionales, frutos, rendimientos e intereses, el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima y los gastos recibidos por concepto de administración.
SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de este proveído.
TERCERO. - Condenar en costas de segunda instancia a PORVENIR S.A., y NO condenar en costas de la segunda instancia a COLPENSIONES, conforme a lo motivado

Para notificar legalmente a las partes el contenido de la referida sentencia, se fija el presente EDICTO en lugar público y visible de esta Secretaría, por el término de tres (3) días hábiles, siendo las 7:00 a.m. de hoy catorce (14) de enero de 2022.


CARLOS ALBERTO ROJAS TRUJILLO
Secretario

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SALA QUINTA DE DECISIÓN - CIVIL FAMILIA LABORAL**

M.P. ÉDGAR ROBLES RAMÍREZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MIGUEL ÁNGEL POLO CASTILLO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.
Radicación: 41001310500320180047801
Asunto: RESUELVE APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

Neiva, quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Discutido y aprobado mediante Acta No. 135 del 15 de diciembre de 2021

CUESTIÓN PREVIA – IMPEDIMENTO

La Magistrada ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA en providencia del 08-nov-2021 se declaró impedida para conocer del presente asunto, por concurrir la causal establecida en el art. 141 numeral 6° del CGP. En el presente asunto la magistrada pone en conocimiento los hechos que fundamentan su impedimento y establece claramente que le asiste interés directo y actual en las resultas del proceso y, por tanto, que dichas circunstancias logran afectar su fuero interno y su capacidad subjetiva para deliberar y fallar. Por lo anterior, se **DISPONE: ACEPTAR** el impedimento formulado por la magistrada **ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA**.

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver las apelaciones propuestas por las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto la sentencia proferida el 25-jul-2019 por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Neiva.

2. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA¹

Pretensiones: El actor mencionado promovió libelo impulsor en contra de Porvenir S.A. y Colpensiones, en razón a la ineficacia, invalidez o nulidad de su vinculación

¹ Fls. 20 a 28 del Cdo.Prinpal.

al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) realizada a la AFP Porvenir. Consecuentemente, que esta última debe, trasladar a Colpensiones la totalidad de los recursos que reposan en su cuenta individual y sus respectivos rendimientos financieros.

Hechos: Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que se afilió al Instituto de Seguros Sociales ISS, desde el inicio de su vida laboral en el año de 1980, trasladándose del Régimen de Prima Media (RPMPD) al RAIS mediante la afiliación con Porvenir, del 06-may-1994. Indicó que la decisión de traslado no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP, por lo que no existió libertad y voluntariedad en dicho acto y, antes bien, existió engaño.

2.2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

2.2.1. COLPENSIONES²: Contestó el libelo genitor del proceso, oponiéndose parcialmente a sus presupuestos fácticos. Las razones de su crítica se dirigen a cuestionar el incumplimiento de los requisitos legales del traslado, ya que esgrime que el promotor no acreditó 15 años o más de servicios a la entrada en vigor de la L.100 de 1993, además de estar incurso en la prohibición contenida en el art. 2º de la L. 797 de 2003. De la misma forma, resaltó que el acto de afiliación al RAIS está revestido de una presunción de buena fe, siendo carga del demandante destruir la aludida presunción legal. Como excepciones de fondo formuló: *“INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN”, “BUENA FE DE LA DEMANDADA”, “DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES”, Y “APLICACIÓN DE LAS NORMAS LEGALES”*.

2.2.2. PORVENIR S.A.³: De modo similar discrepó de las razones del promotor. Describió que en la afiliación explicó las ventajas del RAIS, siguiendo los lineamientos de la L. 100 de 1993, pues en el formato de ingreso se consignó el consentimiento de forma libre, espontánea y sin presiones. Señaló que el actor tuvo la oportunidad de retractarse del acto atacado dentro de los 5 días hábiles conforme al D. 1161 de 1994, o haberse trasladado de régimen antes de los 10 años del cumplimiento de los requisitos de la pensión, encarándole 24 años de pasividad en los que no alegó los presuntos engaños. Del mismo modo, resaltó que no se probó error, fuerza o dolo en la afiliación cuestionada. En su defensa propuso las exceptivas de mérito: *“INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE MI*

² Fls. 51 a 61 del Cdo.Prinpal.

³ Fls. 82 a 114 del Cdo.Prinpal.

REPRESENTADA, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR E INEXISTENCIA DEL DERECHO”, “BUENA FE Y CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVIDAD VIGENTE POR PARTE DE PORVENIR S.A.”, “PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN QUE PRETENDE ATACAR LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN”, y la genérica.

3. SENTENCIA APELADA

En audiencia celebrada el 25-jul-2019, la jueza de primer grado dio fin al trámite de instancia, accediendo a las pretensiones que reclamó el demandante.

Después de realizar una sinopsis de la demanda, y las excepciones esgrimidas, en criterio de la jueza de conocimiento, a pesar de la suscripción del formulario de afiliación, ésta fue espuria ante la insuficiencia de información para emitir el consentimiento informado. Además, enfatizó que las AFP demandadas no cumplieron la exigente carga probatoria para acreditar la información clara y precisa del cambio del régimen al actor.

Para llegar a tal raciocinio, aludió que no era objeto de contienda las cotizaciones del demandante al régimen privado, la suscripción de formulario de afiliación, ni la inaplicación del régimen de transición del Art. 36 de la L. 100 de 1993. Ya que lo único debatido era el traslado del RPMPD al RAIS. En tal punto, reseñó las diferencias de los regímenes pensionales, citando los literales b. y c. del art. 13 *ejusdem*, arts. 1502, 1508, 1740 de la Codificación Civil, y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, concluyendo que no sólo se tergiversa la afiliación sobre la información deficientemente instruida, sino en los silencios que guardan las AFP, quienes tienen la carga de la prueba en virtud del profesionalismo en la actividad desplegada.

Consideró que la sentencia SL1688-2019, revelaba la aludida carga probatoria, aunado al principio de transparencia, el cual imponía dar a conocer al usuario los elementos definitorios de los disímiles regímenes, sus reglas, consecuencias y riesgos. Invocó para para tal argumentación la L. 1328 de 2009, D. 2241 de 2010, y D. 2555 de 2010.

Entonces, para la jueza laboral de instancia, la AFP criticada no cumplió con la carga de la suficiencia y transparencia en la afiliación. Lo anterior, ya que el simple formulario era insuficiente para llegar a otra conclusión, pues el afiliado debía contar con unos elementos de juicio suficientes para permitirle tomar una decisión

consiente, acerca de las diferencias de los regímenes y sus eventuales ventajas. De la misma manera, aseveró que la declaración extraprocésal del promotor daba cuenta de que solamente se le brindó información de los beneficios del RAIS, pero no de sus eventuales desventajas, aunado a la afirmación falaz de la pérdida de aportes consignados al ISS, ya que el Estado siempre era garante de los mismos.

Iteró que el litigio únicamente se enmarcaba en el acto jurídico de afiliación al RAIS, por lo que era irrelevante evaluar otros aspectos concernientes al cumplimiento de la edad pensional o la aplicación del régimen de transición.

En cuanto al argumento de los diversos traslados a las administradoras del RAIS, motivó que se debió a la confianza legítima depositada por el actor a la AFP, ya que únicamente se percató de su perjuicio al solicitar el respectivo bono pensional. En todo caso, para la Juzgadora, las AFP demandadas no cumplieron con la exigente carga probatoria de demostrar la información adecuada, oportuna y suficiente en la medida de la asimetría de la relación con el afiliado.

Ante tales irregularidades, estimó procedente la declaratoria de nulidad en la afiliación, siendo legitimada para recibir los rendimientos de la cuenta individual del actor, la demandada Colpensiones, ante la falta del consentimiento informado, derecho que estimó imprescriptible en línea con el art. 48 Constitucional.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

Las AFP demandadas recurrieron la decisión de primera instancia. Según Porvenir S.A., la adopción del fallo de instancia trasgredió el principio de seguridad jurídica en tanto el traslado cuestionado databa del año 1994, fecha para la cual es posible concluir que se cumplieron las exigencias legales para la afiliación al RAIS. Mencionó *in extenso* la sentencia C-651-1997 de la Corte Constitucional, para señalar que el desconocimiento de la ley por el promotor no servía de excusa, incumbiendo a éste responder por el compromiso de sus actos, siendo imposible retrotraer el tiempo para indagar la conversación sostenida en su vinculación.

Para Colpensiones el traslado del demandante al RAIS fue totalmente válido, pues se cumplieron con los requisitos legales del mismo. Le encaró al fallo trasgredir la prohibición del art. 2 de la L. 797 de 2003. De igual manera, reprochó la condena en costas impuestas, ya que en su razonamiento siempre obró bajo el estricto principio de la buena fe.

4.1. TRASLADO EN SEGUNDA INSTANCIA PARA PRESENTAR ALEGACIONES CONFORME A DECRETO 806 DE 2020.

En auto del 17-jun-2021 se dispuso correr traslado para que las partes presentaran sus alegaciones en segunda instancia conforme al art. 15 del D.L. 806-2020, las entidades apelantes rindieron conclusiones finales.

4.1.1. COLPENSIONES: Después de realizar un recorrido normativo de las diversas etapas del deber de información que incumbía a las AFP, asevera que la decisión confutada se equivocó al imponer obligaciones de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen. Que dicha exigencia atacaba el principio de confianza legítima, el principio de legalidad y el debido proceso. Cuestiona que se hubiese invertido la carga probatoria, en tanto que la regla general era que la parte actora debía acreditar los hechos de los que alega su traslado ineficaz. Destacó que no siempre puede ser el afiliado la parte débil de la relación, puesto que la Ley había previsto distintos deberes para los ciudadanos, con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera. Por ello, insistió en que la carga dinámica de la prueba no podía invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizados.

Seguidamente acusó a la decisión apelada de una indebida interpretación del art. 1604 del Código Civil, pues en su decir se impuso una responsabilidad objetiva, asociado a que el silencio debía entenderse como la toma de una decisión consciente con los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias que ello conlleve. En cualquier caso, expresó que el demandante no podía retornar al RPMPD faltando menos de 10 años para la edad de pensión, citando las sentencias C-1024 de 2004, y SU-062 de 2010, de la Corte Constitucional, afirmando que una declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afectaba la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

4.1.2. PORVENIR S.A.: Insistió estar en desacuerdo con la interpretación de las normas jurídicas realizadas por el juzgado de instancia. Para el recurrente no es admisible que después de 25 años se pretenda la ineficacia de un acto, en donde se respetaron todas las características de libertad y consensualidad de la L. 100 de 1993, como se consignó en el formulario de afiliación. Que la ignorancia de la Ley no servía como excusa para apartarse de lo pactado, por lo que indicar que no se

tuvo la suficiente ilustración sobre aspectos consagrados en la ley y bajo el pretexto, hoy tan de moda, de acogerse a la figura de las negaciones o afirmaciones indefinidas, es una práctica que conduciría a inseguridad jurídica.

5. CONSIDERACIONES

5.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los recursos de apelación y consulta en favor de Colpensiones, corresponde a la Sala determinar si se ajusta a derecho la decisión del juez de primer grado al concluir que el traslado de régimen pensional que realizó el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz.

5.2. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

Las reglas desarrolladas en la L. 100 de 1993, enseñan que el Sistema General de Pensiones tiene como firme teleología el amparo de los ciudadanos de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y la muerte. Lo anterior, mediante el reconocimiento de las pensiones, y la progresividad de cobertura a los segmentos menos favorecidos.

Las características, finalidades y objetivos de la Seguridad Social, tienen amplia incidencia en la garantía fundamental de todos los ciudadanos a una vida digna. Una de tales peculiaridades es la elección libre y voluntaria por parte de los afiliados tanto del régimen pensional, como de la entidad que administraría los respectivos fondos. El marco tuitivo de esa garantía se desprende del art. 13 de la L. 100 de 1993, en su literal b) al indicar *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”*.

En concordancia con lo anterior, el texto original del numeral 1º del artículo 97 del Estatuto del Sistema Financiero aplicable a las Administradoras de Fondos de Pensiones, vigente para la fecha de los hechos objeto del presente asunto, establece que *“Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones de mercado”*.

Efectuado el estudio del marco jurídico aplicable al *sub exámine*, procede esta Sala a verificar si se encuentra afectado y por ende viciado el acto de afiliación, por haber faltado las entidades a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, así como los deberes de asesoría y buen consejo.

Sobre la expresión libre y voluntaria contenida en el literal b) del art. 13 de la L. 100 de 1993, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL2209-2021⁴, precisó que *“necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión (...) no puede alegarse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito”*.

Ahora en cuanto a la ineficacia de la afiliación por vicio en el consentimiento y la carga de la prueba de dicha anomalía, esa misma Corporación en sentencia SL 19447 del 27 de septiembre de 2017, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, decantó que *“existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional”*⁵.

En el caso concreto, la parte demandante, alega que PORVENIR S.A, omitió el deber profesional y legal que le asistía de brindar información clara, completa, suficiente y

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL2209-2021. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

⁵ En cuanto a la carga probatoria en cabeza de la parte demandada en esta clase de asuntos, también es oportuno lo dicho por la CSJ SCL en sentencia del 09 de septiembre de 2008 Rad. 31989, según la cual *“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”*.

detallada sobre las consecuencias de traslado de régimen, pues, no se demostró tal supuesto, la Sala determinará si ello es cierto.

Al respecto se advierte que el actor suscribió formato de “SOLICITUD DE VINCULACIÓN” el día 06-may-1994 con Porvenir S.A.–según documento obrante en folio 02 Cdo.Prinpal -, libelo con el cual se corrobora en principio la manifestación de voluntad de pertenecer a ese régimen, tal como lo preceptúa el literal b) del art. 13 de la L. 100 de 1993. Sin embargo, no resulta admisible sostener que la debida asesoría se encuentra garantizada y se ratifica con la suscripción del formulario de afiliación en el cual se deja expresa constancia de haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre, voluntaria y sin presiones, aspecto que ha sido ampliamente decantado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, últimamente en la sentencia SL2329-2021, quien al respecto ha sostenido que:

“Por lo demás, afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria» o «de manera libre, espontánea y sin presiones», como ciertamente se señala en el formulario de folio 27, no son suficientes para tener por demostrado el deber de información que atañe a las AFP en tanto desarrollan actividades de interés público. Tales formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado.”

Del elenco probatorio no se avizora que la AFP cuestionada, haya cumplido con la obligación de suministrarle al demandante la información que le permitiera comprender las secuelas de dicho traslado, lo que de entrada lleva a inferir el incumplimiento de lo dispuesto en los arts. 14 y 15 del D. 656 de 1994 y al deber de información al que hizo referencia la Corte Suprema de Justicia, tanto en la sentencia citada en precedencia, como en la sentencia SL2207-2021⁶, cuando precisó:

“(…) basta con reiterar lo expuesto en sede casaciones en cuanto a que (i) previo a surtirse el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, la administradora privada de pensiones tenía el inexcusable deber de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, (ii) el formulario de afiliación pre-impreso no demuestra que se cumplió con el deber de información, y (iii) es a la administradora de

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL2207-2021. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

fondos de pensiones a quien le corresponde demostrar que ilustró al afiliado de manera veraz y certera..”

Entonces, no se probó que la información dada por la AFP censurada, al promotor, estuvo orientada por un consentimiento informado. Sin especulación no es posible inferir la información necesaria, suficiente, cierta, clara y oportuna, que se hubiese manifestado en la directiva de trasladarse al RAIS, ya que éste desconocía las modalidades, características, condiciones de acceso, beneficios, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas, entre otros aspectos atinentes a la adquisición de beneficios pensionales a futuro.

Por el contrario, en similares términos a la Jueza confutada, el Tribunal infiere de la declaración extraprocesal de Miguel Ángel Polo Castillo (fl.04), que a éste únicamente se le brindó una escueta información en las consecuencias de su afiliación, todo motivado por el subterfugio de la eventual liquidación del entonces ISS. Pero en todo caso, ni siquiera la aceptación sobre la voluntariedad de su decisión, implica per se la confesión sobre una asesoría completa y adecuada, ya que *“una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla”*⁷.

Adicional a lo ya discurrido, se observa en los formularios o solicitudes de afiliación a la AFP cuestionada, que en ninguno de ellos se registra con claridad cuál fue la información suministrada. Nada se sabe respecto de la eventual capacitación completa respecto de las implicaciones que conllevaba el traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, más allá de un enunciado pre determinado de voluntad de afiliación, que en momento alguno da cuenta del cumplimiento del deber de información y amparo del consentimiento informado que debe garantizársele al afiliado.

En este punto los apelantes sostienen que era carga de la demandante probar la presunta falta de consentimiento. Olvidaron que los precedentes pacíficos y reiterados repugnan tal censura. Recientemente en sentencia SL2208-2021, el máximo juez de trabajo recordó:

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL14846-2014. M.P. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

“En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL373-2021, la Corte sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información. Precisamente, en esa oportunidad se señaló que exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Por último, no es razonable invertir la carga de la prueba a la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (art. 11, literal b), L. 1328/2009).”⁸

Visto lo anterior, este Tribunal debe iterar que las AFP tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional. La carga en mención se le impone en forma legítima, en virtud de que resulta a todas luces lógico, que la entidad posee un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional frente al afiliado. Por lo que a éste no le corresponde probar la omisión de la información en que incurrió el profesional para convencerlo de su traslado.

Por ello, desaciertan los argumentos de los fondos de pensiones que resultaron vencidos al esgrimir que no se probó de manera concreta en qué consistió el engaño a la demandante, pues la razón que determina la ineficacia en el traslado no es como tal la corroboración de la falsedad en la información, sino la carencia de prueba sobre una asesoría completa, como desde esa época debía brindarse, respecto de las repercusiones del cambio de régimen pensional. En respaldo de lo anterior, y teniendo en cuenta que las AFP accionadas alegan que para la fecha en que ocurrieron estos traslados no tenían los deberes de información y constancia de asesoría que hoy se

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL2208-2021. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

les exige, en palabras de los precedentes reiterados, éstas han tenido siempre la obligación de brindar información al afiliado.

Así, verbi gratia en sentencia SL2209-2021 se sostiene de manera enfática que “[...] desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.”⁹

En este sentido, debe advertirse que la interpretación realizada por el recurrente al art. 1604 del Código Civil, es equivocada. Ni los precedentes o la decesión confutada impusieron una responsabilidad objetiva a las AFP. Lo impuesto a las entidades demandadas, en especial a Porvenir S.A., fue la de acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional (CSJ SL1509-2021), lo cual no fue cumplido. El formato de afiliación y la manifestación de asentimiento que en él se hace no es prueba suficiente del cumplimiento del deber de información ni permite conocer cuáles fueron las capacitaciones y la información que permitió al afiliado cambiarse de régimen de manera objetiva, conduciendo al fracaso de las defensas planteadas por las demandadas.

En cuanto al fenómeno prescriptivo, la justicia laboral ha adoptado un criterio de equidad al interpretar derechos de la seguridad social, en especial las pensiones en su generalidad. El contenido fundamental de los preceptos en comentario ha impuesto que la justicia los catalogue como garantías imprescriptibles. Además, dicha interpretación consulta el contenido del art. 48 de la Constitución Política, que le otorga el carácter de derechos irrenunciables, por lo que el simple paso del tiempo no opacará su abierta discusión ante la jurisdicción.

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL2209-2021. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

De esta manera, la jurisprudencia ha desarrollado que aspectos como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la pensión, el derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales y **la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, siempre podrán ser discutidos ante el Juez de trabajo**¹⁰. Entonces, la razón no acompaña a la censura de Porvenir S.A.

Ahora, el Tribunal considera desatinada la censura de Colpensiones, en cuanto a la imposibilidad jurídica del traslado de régimen teniendo en cuenta la prohibición contenida en el artículo 2º de la L. 797 de 2003 (imposibilidad de traslado cuando faltes 10 años o menos para la edad de pensión de vejez). Al resultar ineficaz el contrato de afiliación suscrito por Polo Castillo, la consecuencia de la pérdida de eficacia del negocio jurídico es la de retrotraer las cosas al momento anterior de la celebración del contrato como si este nunca hubiere existido. Siendo así, en momento alguno la jueza de primera instancia contrario el precepto legal anotado. De la misma manera, es irrelevante la no participación de la AFP pública en el negocio atacado, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, los recursos del afiliado han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, protegiendo de esta manera el principio de sostenibilidad del sistema.

Adicional a lo anterior, resulta irrelevante que el actor haya efectuado nuevos traslados entre entidades del sistema de capitalización, pues aquello no implica que se tenga por convalidado el traslado de régimen o que el vicio que afectó el consentimiento haya desaparecido. La decisión posterior de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales derivados del mismo. Por parte de las recurrentes se alegó que el demandante ratificó su vinculación al trasladarse entre fondos privados, estima este Colegiado que carece de acierto tal argumento, pues lo que se deja sin efectos con la presente decisión es el traslado al RAIS, lo cual cobija los eventuales cambios de fondos privados que se hayan efectuado, como se acaba de explicar.

Del mismo modo, la Sala no estima razonable la justificación aducida por Porvenir S.A. en su recurso de apelación, en el entendido que el demandante no podía alegar su falta de información para cuestionar el negocio jurídico. Como se abordó en línea

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencias SL6154-2015, SL8544-2016, SL1421-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019.

anteriores, el deber de información es en virtud del profesionalismo y experiencia de las AFP. En consecuencia, NO puede ser jurídico el traslado de las cargas de información a la parte más débil de la relación, y con ello alegar un presunto desconocimiento de la norma. Tal razonamiento se funda en el estado de la naturaleza, es decir, en la ausencia de derechos: de quien es más fuerte; bajo las normas de rango constitucional o convencional garantistas¹¹, nada debe ser más rechazado que la retórica injustificada e inaceptable para el goce efectivo de ciertos derechos fundamentales, carga que no debe recaer ni ser soportada por el afiliado. Por tanto, los reproches no florecen.

Tampoco le asiste razón a Colpensiones, al invocar la improcedencia de condena en costas. Memora este Colegiado que las costas procesales corresponden a la erogación económica, que en los términos del artículo 365 del CGP, tiene que asumir *“la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”*. Así su imposición obedece a un criterio netamente objetivo, que se circunscribe a los eventos descritos, que para el caso de la sentencia de primera instancia es el hecho de si la parte resultó vencida o no en el juicio pertinente, sin ningún otro tipo de consideraciones.

Esa fue la intelección que le dio al artículo 392 del Código de Procedimiento Civil la propia Corte Constitucional en la sentencia C-089 del 13 de febrero de 2002, al indicar: *“El ordenamiento procesal civil adopta un criterio objetivo, no sólo para la condena, pues 'se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso, independientemente de las causas del vencimiento', sino también para la determinación de aquellas en cada uno de sus componentes, siguiendo en este punto la teoría moderna procesal pues, como lo señala Chiovenda, 'la característica moderna del principio de condena en costas consiste precisamente en hallarse condicionada al vencimiento puro y simple, y no a la intención ni al comportamiento del vencido (mala fe o culpa)'. En efecto, aun cuando el carácter de costas judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, y la forma en que se efectuó, su cuantificación está sujeta a criterios previamente establecidos por el legislador, quien expresamente dispuso que 'solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.

En virtud de lo analizado, no es posible revocar la condena en costas de la primera instancia a cargo de Colpensiones, máxime cuando dicha entidad ejerció oposición

¹¹ Ferrajoli, L. (2019). Manifiesto por la igualdad. Trotta. p. 22.

a la acción y presentó distintos argumentos para sostener la improcedencia del traslado petitionado.

No obstante, advierte esta Corporación que la señora jueza, omitió pronunciarse sobre la obligación de las AFP de trasladar a Colpensiones el valor de los porcentajes destinados a financiar los gastos de administración. Y es que la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, aplicando el precepto que gobierna las restituciones mutuas disciplinado en el art. 1746 del Código Civil.

Ante la aludida ficción iuris, ha de entenderse que la promotora nunca se cambió al sistema privado de pensiones, lo que obliga *“a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.** Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”*¹².

Atendiendo a las anteriores consideraciones, habrá de adicionarse el numeral tercero de la decisión del *a quo* en cuanto a que Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima y lo recaudado por gastos de administración.

En lo demás se confirmará la sentencia objeto de apelación y consulta. Sin Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, dado el grado jurisdiccional de consulta

6. COSTAS

Vistas las resultas del proceso y atendiendo lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, aplicable a asuntos laborales en virtud de la remisión expresa del artículo 145 del CPTSS., se impondrá condena en costas a Porvenir S.A.

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Neiva, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

7. RESUELVE

PRIMERO. – ADICIONAR al numeral tercero, de la sentencia proferida el 25-jul-2019 por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Neiva, en cuanto a que PORVENIR S.A. deberá trasladar a COLPENSIONES, además de las cotizaciones, sumas adicionales, bonos pensionales, frutos, rendimientos e intereses, el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima y los gastos recibidos por concepto de administración.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de este proveído.

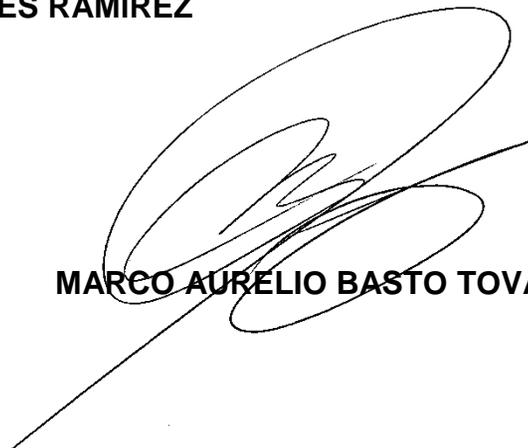
TERCERO. - Condenar en costas de segunda instancia a PORVENIR S.A., y NO condenar en costas de la segunda instancia a COLPENSIONES, conforme a lo motivado

CUARTO. - Vuelvan las diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE


EDGAR ROBLES RAMÍREZ

ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA
(Con impedimento)


MARCO AURELIO BASTO TOVAR

Firmado Por:

Edgar Robles Ramirez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila

Marco Aurelio Basto Tovar
Magistrado
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8ec473feb13759756a8f523806c1c785219cf84abc04faf217b85c70f417c50e**

Documento generado en 15/12/2021 04:30:04 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>